

Filosofía del derecho como modelo jurídico

*Néstor Raúl Arturo Dorado**

* Abogado, magíster en Estudios Políticos de la Pontificia Universidad Javeriana Cali. Estudios de maestría en Filosofía del Derecho Contemporáneo en la Universidad Autónoma de Occidente. Actualmente, docente de tiempo completo de la Pontificia Universidad Javeriana Cali.

Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 10, No. 2 2010-2 pp. 191-208 ISSN 1657-3978

Recibido: 7 de octubre de 2010

Aprobado: 3 de noviembre de 2010

Resumen

El artículo hace referencia a la pertinencia de la filosofía del derecho como modelo iusfilosófico para la enseñabilidad del derecho y la formación de mentalidades jurídicas modernas. Se entiende el estudio de la filosofía del derecho como “nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho”. Sobre estas premisas, el texto parte de una crítica a la enseñanza del derecho romano en nuestro medio. A criterio del autor, su enseñanza se ha constituido en el determinante, no sólo teórico, sino también ideológico, conservador del pensamiento jurídico colombiano mayoritario. Al final, el autor hace referencia a la gran utilidad de la filosofía del derecho como espacio privilegiado para la lectura y relectura de los grandes enfoques jurídicos, como el iusnaturalismo, el positivismo en sus diferentes posibilidades y el realismo jurídico, a partir de su componente trilemático de legitimidad, validez y eficacia.

Palabras clave

Filosofía del derecho, enseñabilidad, derecho romano, nuevo derecho.

Abstract

This essay refers to the relevance of philosophy of law as a legal and philosophical model for the teachability of law and the education of modern legal ways of thinking. Philosophy of law is understood as a “new methodology in philosophical reflection about law.” Based on these premises, this paper starts by criticizing the way we have traditionally taught Roman law. According to the author, teaching this subject has become determinant, not only theoretically, but also ideologically, in the conservative character of most of Colombia’s legal thought. Finally, the author refers to the usefulness of philosophy of law as a privileged space for the reading and rereading of schools of legal thought, such as natural law, positivism (in its different forms) and legal realism, starting with its trilemmic component of legitimacy, validity, and efficacy.

Keywords

Philosophy of law, teachability, Roman law, new law.



La reflexión sobre la relevancia de la filosofía del derecho como modelo iusfilosófico para la enseñabilidad del derecho y la formación de mentalidades jurídicas modernas sigue siendo pertinente. No obstante que a partir de 1991 se cuenta con una Carta Fundamental que define al estado colombiano como social de derecho, la cultura jurídica colombiana, mayoritaria, no ha mutado en sus fundamentos filosóficos y políticos. De una parte, la tradición o autoridad o el carisma preconventional, y, de otra parte, el marcado énfasis en la dogmática jurídica —centrada en la validez formal de la norma— eclipsa la posibilidad del estudio del derecho desde su legitimidad moral y política y desde su eficacia. Es decir, desde su integralidad.

Con el fin de determinar el impacto favorable que el estudio de la filosofía del derecho, entendida esta como “nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el Derecho” (González Vicén, 1979: 215), tendría en la formación de las nuevas generaciones de abogados, es necesario partir de la crítica a la enseñanza del derecho romano; pues, este se ha constituido en el determinante no sólo teórico sino también ideológico del pensamiento jurídico colombiano mayoritario. Según el profesor Federico Escobar Córdoba, en nuestro medio se da una “veneración habitual del derecho romano” (2007: 8). Veneración que podría pasarse por alto si no es que ella contiene un trasfondo ideológico, como lo hace notar Peter Stein, citado de manera soslayada por Escobar (2007). Para Stein, el derecho romano es un sistema foráneo basado en una sociedad esclavista, contrario a la libertad política y refugio del capitalismo individualista y egoísta. Sistema jurídico y de vida que, sin duda, va en contravía tanto de los derechos humanos, fundamento moral de las sociedades modernas de Occidente, como de los presupuestos de pluralismo y multiculturalidad que reclama un mundo globalizado.

1. Romano: imperio de la omnisciencia

El derecho romano es una de las instituciones jurídicas que han marcado el derrotero de la cultura no solamente jurídica, sino también política del país, desde los comienzos de la república. Pero, infortunadamente, desde relecturas escolásticas e ideológicamente deformadas. En tal

sentido, no es casualidad que se hayan configurado en nuestro entorno imaginarios de estirpe pseudointelectual, pero, afirmativamente premodernas, como el “Olimpo grecocaldense”, el “Olimpo cundiboyacense” y el “Parnaso patojo”. Caricaturas de mentalidades retardatarias, auto herederas de supuestos pasados gloriosos.

Esta mirada omnicomprensiva y omnisciente¹ del derecho romano deja de lado, por ejemplo, en nuestro medio, nuestra historicidad, a través del desconocimiento vergonzante de una cultura y de una tradición prehispánica rica en costumbres y ritualidades no normadas, no sistematizadas, no codificadas; pero, tan eficientes y tan eficaces para la convivencia, para la armonía en comunidad, como la propia racionalidad funcional del derecho moderno.

Alonso de Zorita, oidor en México y en Guatemala, en su obra *La relación de la nueva España: relación de algunas de las muchas cosas notables que hay en la Nueva España y de su conquista y pacificación y de la conversión*, enteraba a Occidente de la existencia de un derecho prehispánico. En *Los señores de la Nueva España*, el mismo Zorita da testimonio de los protocolos de sucesión de los supremos y meros señores, quienes tenían tanto la jurisdicción civil y criminal como toda la gobernación y mando de todas sus provincias: “de lo dicho se entenderá cómo fuera de las ceremonias, casi todo lo que se hacía y guardaba en la sucesión y elección de estos señores era conforme a Derecho natural, y en algo conforme a Derecho divino, y aún conforme a Derecho civil y canónico, aunque les era incognito”.

Por su parte, José M. Mariluz Urquijo (1973: 103), en su relación sobre las miradas de algunos tratadistas antiguos y modernos de derecho indiano, señala que si bien no todos los estudios sobre el derecho

¹ “Entre los tesoros más importantes del pensamiento transmitidos por la Edad Media a los tiempos modernos debe contarse el Derecho de Roma. Regla completa y canon de una sociedad altamente organizada y civilizada, ese Derecho establece un equilibrio satisfactorio entre los derechos y deberes de cada hombre, castigando su violación con sanciones fijas y creando formas de procedimiento que permiten la aplicación de esas sanciones con discernimiento o suavizar su rigor. Ante todo creaba una autoridad poderosa para proteger la vida y el trabajo del individuo, prudente para asegurar al pueblo entero el provecho completo del esfuerzo individual (Meynial, 1950: 489)” (citado por Escobar Córdoba, 2007: 11).

prehispánico comparten el punto de vista sobre su relevancia histórica, al menos comienzan a pensar que las Indias son un mundo diferente, para el cual no es útil el derecho civil. Y recrea esta afirmación con un testimonio, no por tragicómico, sí dicente: “Plugiera a Dios —exclama Gerónimo de Mendieta— que ni código ni Digesto ni hombre que había de regir a indios por ellos pasara a estas partes porque ni Justiniano hizo leyes ni Bartolo ni Baldo las expusieron para este Nuevo Mundo y su gente”.

Para infortunio de nuestra racionalidad jurídica, el derecho prehispánico que hoy es motivo de atención y de preocupación en programas académicos y en centros de investigación de antropología y sociología, no lo es ni en los programas ni en los centros de investigación de las carreras de derecho. Nos ciega la fe de la perfección de Occidente, en particular de la llamada tradición jurídica romanista² que brinda tanta seguridad en las mentes de quienes así piensan, como inseguridad en las calles. El derecho prehispánico, dentro de las perspectivas contemporáneas de pluralismo y multiculturalidad, debería estar presente en los procesos formativos de las mentalidades jurídicas de América³; como, desde luego, las otras miradas, las otras posibilidades de construcción de la tradición jurídica de Occidente. He aquí entonces, en el reconocimiento de nuestra multiculturalidad, una veta inagotable de un nuevo derecho: un derecho ahora sí omnicompreensivo.

² “Digesto [...] que atinaron con fórmulas de tanta universalidad y eficacia y de tan hondo arraigo en la entraña de las cosas, que casi podrían apellidarse intemporales”. Palabras del monseñor Castro Silva, rector de la Universidad del Rosario, en 1942 (citado por Escobar Córdoba, 2007: 12).

³ “A este respecto, el caso de Colombia es paradigmático. Si bien en este país la presencia histórica y cultural de grupos indígenas y de afrocolombianos es significativa, sus exigencias y necesidades casi nunca han sido consideradas por los filósofos o por los teóricos del derecho. En los pocos casos en que las exigencias de las minorías han sido tenidas en cuenta, su plausibilidad ha sido evaluada a través de la perspectiva del liberalismo. Paradójicamente, en los últimos 13 años, Colombia ha desarrollado uno de los marcos constitucionales y jurídicos más progresistas de América Latina en lo que concierne a asuntos multiculturales. Los desarrollos jurídicos colombianos han sido considerados por activistas y por personas encargadas del diseño de políticas públicas como un ejemplo del tipo de legislación que otros países de la región debieran adoptar” (Bonilla, 2006: 25).

Es bueno recordar, acerca de las raíces jurídicas ancestrales, el reconocimiento que el constituyente del 91 hizo a los pueblos indígenas al establecer en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia el derecho a “ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos [...]”. Pero, en igual medida, es necesario estar alertas sobre el limbo que el mismo artículo formó cuando dice que “siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república [...]”. He aquí un gran nicho de investigación para profesores y estudiantes de los programas de derecho.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-605 de 1992, hace referencia expresa al reconocimiento de la diversidad cultural, proclamada en el artículo 7.º de la Constitución. En uno de sus apartes dice la sentencia: “La diversidad cultural hace referencia a las formas de vida y concepciones del mundo no totalmente coincidentes con las costumbres de la mayoría de la población en aspectos de raza, religión, lengua, economía y organización política (Agregaría: y formas propias de hacer justicia)”.

Pero esas rupturas impositivas desde los centros de poder a lo largo de la historia podrían estar llegando a su fin o, al menos, estar en proceso de reevaluación. La fuerza de los hechos, como la superación de las fronteras productivas, comerciales y culturales abre caminos de esperanza sobre la necesidad del reconocimiento y del ejercicio de la diversidad étnica y de la multiculturalidad, la cual incluye las formas de justicia no positivizada. En cuanto a la producción y a la recepción de teorías, estas circunstancias abren el camino para nuevas miradas del derecho.

Ahora bien, no se trata de desconocer los aportes de la tradición romanista del derecho y de su constitución como uno de los bastiones de Occidente⁴. Pues, desde la otra orilla, se caería en las mismas

⁴ “El Occidente es un término cultural, pero con una muy poderosa dimensión diacrónica. Empero, no sólo se trata de una idea: es una comunidad. Implica una estructura histórica y, a la vez, una historia estructurada. Durante muchos siglos se le pudo identificar sencillamente como los pueblos de la cristiandad occidental. De hecho entre los siglos XI y XV la comunidad de esos pueblos se manifestó en su lealtad

concepciones y actitudes excluyentes en el mundo del derecho y de la administración de justicia. Más bien, de lo que se trata es de superar, de una parte, la mirada deformada —medieval— de las instituciones jurídicas romanas, al presentarse como un derecho puro; es decir, sin inspiración en otras culturas. De otra parte, de superar la ruptura conceptual e histórica con nuestras tradiciones jurídicas tan válidas y tan eficaces.

En consecuencia, el estudio del derecho romano se debe abordar desde una perspectiva histórica del derecho; es decir, estudiarse dentro de una cátedra denominada así: Historia del Derecho. Se trata de colocar al derecho romano en su justa dimensión, que no es otra que la de un momento dentro del desarrollo de la civilidad. Pero, un momento, no la historia misma. No toda la historia. No es posible que se siga hablando de un derecho por fuera de la historia, de un derecho intemporal, no susceptible de perfección. A propósito, Vicén afirma: “Histórico, es un concepto no por su mutabilidad en el tiempo, ni porque esté referido, de una u otra manera, a la historicidad de la razón cognoscente, sino por su vinculación esencial a una estructura histórica” (González Vicén, 1979: 207).

Dentro de esta perspectiva, la filosofía del derecho tiene mucho que decir. De un lado, como aproximación teórica y conceptual, al partir de coordenadas tanto culturales como temporales. Coordenadas que permiten rastrear los diferentes momentos de la construcción de nuestra tradición jurídica. De otro lado, la filosofía del derecho, como filosofía útil, posibilita la labor de crítica conceptual y moral de esos distintos momentos del derecho.

común a una sola autoridad espiritual: la Iglesia de Roma. Como cultura histórica, como civilización, el Occidente debe distinguirse no sólo del Oriente, sino también de varias culturas ‘preoccidentales’, a las cuales ‘retornó’ en varios periodos de ‘renacimiento’. Tales retornos y resurgimientos son característicos de Occidente. No se les debe confundir con los modelos en que se inspiraron. ‘Israel’, ‘Grecia’ y ‘Roma’ fueron los antepasados espirituales de Occidente, no por un proceso de supervivencia o sucesión, sino, ante todo, por un proceso de adopción: el Occidente los adoptó con sus antepasados. Más aún: los adoptó selectivamente: distintas partes en diversas épocas. Cotton Mather no era hebreo. Erasmo no era griego y los juristas romanos de la Universidad de Bolonia no eran romanos” (Berman, 1999: 12).

Desde una perspectiva cultural —dice el profesor Diego Eduardo López, en *El Derecho de los Jueces*—, el razonamiento jurídico es también influido por nuevas concepciones teóricas o necesidades sociales y políticas [...]. Percepciones cambiantes del derecho renuevan frecuentemente los protocolos interpretativos de los abogados [...]”. No cabe duda, entonces, que el derecho es cambiante, mutable, como toda obra humana, incluido el iusnaturalismo. En buena hora, llegan a nuestras manos obras como la ‘Constitución Multicultural’ del profesor Daniel Bonilla, la cual invita a estudiar el derecho en contexto y desde distintas miradas. Tanto, por el reconocimiento de las comunidades ancestrales, como, por el reacomodamiento geopolítico de las últimas décadas.⁵

Se remata esta parte con la lectura de un pasaje del libro *La formación jurídica en América Latina*, de los profesores Rogelio Pérez y Julia Rodríguez, en el cual participan como compiladores. Esta tiene el objetivo, en términos coloquiales, de la recreación cotidiana de esa puja eterna entre el viejo y el nuevo derecho. Es decir, entre la omnipotencia del derecho como ley (*dura lex sed lex*) y la dialéctica del derecho como constructo histórico.

Miremos ahora el espacio de trabajo. Los jóvenes abogados de hoy tienden a ser más nómadas y muchos han dejado de tener “oficina” o “bufete”. Cuando esas oficinas existen pueden causar el disgusto de abogados de otra época. Hacia 1980, tuve el honor de entrevistar a Luis

⁵ “A lo largo del siglo XX hemos presenciado un proceso intenso de fractura y recomposición de las fronteras culturales. Los límites (políticos, económicos, sociales, religiosos y geográficos) que ataño aislaban a las diversas comunidades culturales de manera más o menos precisa se han resquebrajado, haciendo que el entrecruzamiento de las múltiples visiones del mundo, propias de cada una de estas comunidades, se convierta en un fenómeno característico de nuestro tiempo. Factores tales como las dinámicas y necesidades del capitalismo, las guerras, la pobreza y los gobiernos autoritarios son fuerzas que han desempeñado un importante papel en las olas de migración masiva que han determinado la hibridación cultural y/o coexistencia de múltiples visiones culturales dentro de un mismo espacio geopolítico” (Bonilla, 2006: 19).

Loreto, uno de los más distinguidos juristas venezolanos del siglo XX. Había nacido en 1899 y comenzó a ejercer la profesión de abogado en la década de 1920. Cuando lo entrevisté se quejaba de los nuevos abogados y de sus oficinas. Había algo erróneo en ellas. Demasiado iluminadas, con muebles livianos, inclusive con música ambiental. A su juicio, todo esto le quitaba carácter al oficio de la abogacía. El echaba de menos las oficinas más penumbrosas, silenciosas, con muebles de cuero, pesados y oscuros. Esto era parte de la solemnidad de la oficina de abogado. Mencionó que cuando comenzó a ejercer la abogacía ya no se seguía el consejo de Osorio, de tener la oficina en su casa para que los clientes apreciaran que el abogado era el jefe de un hogar establecido, un verdadero páter familia. Muchos de los jóvenes abogados de hoy, al menos en Buenos Aires y Caracas, tampoco tienen oficina pero no reciben en su casa y no tienen que mostrarse como páter (o mater) familia para inspirar la confianza del cliente. Los valores de la profesionalidad son otros y la manera para generar la confianza del cliente tiene mecanismos sociales distintos a los propuestos por Osorio o por Loreto. (Pérez y Rodríguez, 2006: 12)

2. Nuevas circunstancias del campo jurídico

Los avances de la ciencia jurídica, la dinámica global de las instituciones jurídicas y los cambios constitucionales conforman las nuevas condiciones de la producción de teoría integral del derecho. Así, por ejemplo, el análisis de sentencias (obligatoriedad del precedente) y la determinación de líneas jurisprudenciales como herramienta correctiva para cristalizar los métodos de interpretación constitucional, retroalimentan las nuevas visiones jurídicas.

Además, el análisis adelantado desde la filosofía del lenguaje, la creación de una nueva jurisdicción constitucional independiente y la adopción de nuevas teorías del derecho con validez transnacional, han desembocado en la necesidad de pensar que el legislador replantee la mirada o, mejor, las miradas del campo jurídico. Circunstancia que

llama al replanteamiento, entre otros aspectos del mismo, de la metodología judicial al resolver los casos concretos. En consecuencia, según Alexy, la metodología jurídica que se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas presupone que los enunciados empíricos y los hechos son fundamentales en las decisiones jurídicas, pero presuponen un contenido normativo. De otro lado, coinciden en reconocer el valor de un conjunto de principios y de valores para la interpretación de normas (Alexy, 1997: 23).

En nuestro medio, la competencia interpretativa de la Constitución a cargo de un órgano jurisdiccional especializado e independiente⁶ y la potestad de construir las líneas jurisprudenciales o narraciones creíbles a partir de las sentencias de tutela, reclaman de la filosofía del derecho nuevos enfoques y paradigmas jurídicos que validen la articulación de reglas, normas constitucionales y pronunciamientos judiciales con presupuestos culturales, políticos e ideológicos. Al respecto, anota Carlos Nino: “La ciencia del derecho, para ser una verdadera ciencia y no agotarse en un mero acarreo de materiales variables, debe ocuparse de esa estructura [de elementos históricos y contingentes]; ésta consiste en un armazón conceptual que subyace a todo orden jurídico” (Nino, 1993: 16).

Aspecto que también es del interés de la filosofía del derecho, es el conjunto de aspectos dogmáticos, propios de la teoría consensual de Habermas como componente de la teoría jurídica. Ello para mostrar cómo las proposiciones normativas, las normas, los mandatos y las sentencias deben fundamentarse racionalmente de modo correctivo. En ese sentido, aparecen cuestiones referidas a la forma cómo son

⁶ “No es posible pensar que el legislador pueda ejercer las competencias que la Constitución le atribuye sin que en esa tarea necesite interpretar la Constitución. La interpretación es un momento imprescindible del derecho y en modo alguno ausente en el proceso de creación de las normas legales. La constitución como eje central del ordenamiento, debe ser acatada por todas las personas y órganos del Estado y para ello es indispensable su interpretación. De hecho la Constitución existe y despliega su eficacia en la medida que se actualice en la vida concreta y ello no puede ocurrir por fuera de su interpretación que, en estas condiciones, adquiere el carácter de un proceso abierto del cual depende su efectiva materialización y permanente enriquecimiento” (sentencia C-531 de la Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

justificadas las proposiciones normativas, características del discurso lógico y características de la situación ideal del diálogo.

De otra parte, las preocupaciones de la filosofía del derecho apuntan hacia la concepción del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general. Es decir, cómo en el derecho aparecen institucionalizadas formas de decisión, modos de deliberación entre jueces, tipos de análisis jurídicos fundados en el sistema legislativo y formas especiales de argumentación (argumento empírico, dogmática, el uso del precedente, principios, valores y la ley).

En Colombia, las actuales circunstancias del campo jurídico se encuentran determinadas por lo que se conoce como el “nuevo derecho”, entendido éste a partir de la expedición de la Constitución de 1991, como:

una serie de trasplantes iusteóricos, además de los conocidos trasplantes dogmáticos como leyes o códigos, y a la difusión y consolidación de una serie de argumentos de corte anti formalista e ideologías anti tradicionales que hacen uso constante de lecturas transformadoras de la Teoría Transnacional del Derecho como crítica a la cultura jurídica preponderante, esencialmente relacionadas con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes, el papel del juez en la creación de derecho, la relación derecho-sociedad, el carácter vinculante de los principios, entre otros. (García Jaramillo, 2008: 292)

Pero, paradójicamente y como se cree comúnmente, el nuevo derecho en nuestro medio no se comienza a configurar desde la Constitución del 91, sino desde antes. Específicamente, a partir de dos acontecimientos determinantes.

Primer acontecimiento. La visita de Kelsen a Colombia en 1947, con la consecuente presentación de su obra *La Teoría Pura del Derecho*. Este hecho crea un nuevo ambiente axiológico y un ánimo renovado por el estudio profesional de la filosofía. “Marcan la ruptura con la tradición

neotomista, haciendo posible el inicio de la filosofía moderna en Colombia y la subsiguiente actividad filosófica intensa [...]. Con esta advertencia, destacamos que Kelsen está en la trinchera combatiendo al dogmatismo formalista de la Constitución del 86, mediante una renovada lectura de su teoría y en clave del debate con el positivismo suave de Herbert L.A. Hart” (García Jaramillo, 2008: 293).

Segundo acontecimiento. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia (9 de octubre de 1990) que declaró constitucional el decreto mediante el cual se convocaba a la ciudadanía para la elección de una Asamblea Constitucional. Fallo histórico del máximo guardián de la Constitución de 1886 que permitiera, mediante una decisión fundamentada en el mundo de los valores, la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente de 1990. Según García Jaramillo:

En dicha sentencia, la Corte Suprema matriculó a Colombia en la ideología del “nuevo derecho” al configurar el camino para reformar la Constitución, permitiendo así la incorporación de las reformas demandadas, con base en sustentos argumentativos como: “El Derecho no pertenece al ámbito de lo lógico, ni el jurista debe limitarse a examinarlo como un simple conjunto de normas. Su ser ontológico se halla en el mundo de los valores, y por lo tanto exige preguntarse sobre la utilidad o inutilidad de las normas jurídicas para realizar determinados fines que se juzgan valiosos para la comunidad”. (García Jaramillo, 2008: 295)

3. Iusnaturalismo y positivismo en el centro del debate de la filosofía del derecho

Indudablemente, es en el debate sobre los enfoques, las escuelas y los paradigmas del derecho en donde la filosofía del derecho tiene su espacio privilegiado. Recordando que el presente artículo apunta hacia una reflexión acerca de las preocupaciones por el tipo de derecho que aún se imparte, de manera preferente en la mayoría de las facultades y carreras de derecho en nuestro medio, es necesario reformular tanto la

orientación iusfilosófica como los contenidos de los cursos de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho.

Introducción al Derecho está orientado desde una mirada civilista, por profesores venidos de las canteras del derecho civil, herederos de un iusnaturalismo perenne, evocativo y acrítico. O desde un positivismo fundado en “La tesis de la ley”, en “La tesis de la subsunción” y en “La tesis del legalismo” (Hoerster, 1992: 11). En cuanto al contenido temático, estos cursos son, en realidad, cajas herméticas para ser enterradas en las cápsulas del tiempo. Es decir, son ajenos a la mirada interdisciplinaria del derecho. Por ejemplo, desde la política, desde la antropología, desde la sociológica o desde la filosofía⁷. Por su parte, los cursos de Filosofía del Derecho son tratados más desde la eticidad o desde la moral, cuando no como una historia de la filosofía. Consecuentemente, sus contenidos son catálogos de ética y moral y de historia de la filosofía griega.

Frente a este panorama, el estudio, la investigación y el debate sobre las tres grandes corrientes explicativas y justificativas del derecho —el iusnaturalismo, el positivismo (en sus diferentes vertientes) y la sociología del derecho—, deben ser el centro de preocupación académica de estos cursos. En Introducción, en cuanto a la parte ontológica y epistemológica del derecho. Y, en Filosofía del Derecho, en relación con el componente trilemático del derecho (Bobbio, 1966: 230).

El iusnaturalismo, si bien es propio de sociedades tradicionales dentro de marcos ético-contextuales justificativos del derecho desde la moral, todavía tiene que decir en el debate sobre la legitimidad del derecho contemporáneo. Tanto para sociedades con culturas democráticas débiles y estados inacabados como para estados modernos, el iusnaturalismo, con su pretensión de “validez universal y absoluta” (Bobbio, 1966: 230) y de supremacía sobre el derecho positivo, se puede constituir en un derecho de resistencia. Por ejemplo, para los defensores del derecho de resistencia contra normas injustas del público

⁷ “Para nosotros lo decisivo en el concepto del ‘derecho’ (que para otros fines puede delimitarse de manera completamente diferente) es la existencia de un cuadro coactivo” (Weber, 1997: 28).

européo, “era natural desobedecer a la ley del estado que no respeta los derechos individuales” (Bobbio, 1966: 230). Esta perspectiva justificativa podría constituirse en la base de legitimación del carácter universal y moral de los derechos humanos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el neomoralismo o neoiusnaturalismo pone en duda los postulados del positivismo jurídico, resurgiendo así ante la necesidad de impedir que el derecho pueda ser utilizado como herramienta para cualquier fin, por parte del poder. En esta perspectiva, aún reconociendo la característica pluricultural de la sociedad moderna, elevó a la categoría de preceptos morales universales a los derechos humanos. Pero, según este enfoque, no como límites externos al poder impuesto por los vencedores sino como resultado de la naturaleza humana.

El positivismo, hijo de la modernidad, se levantó con las ideas de la ilustración y como expresión acabada de la razón y del conocimiento científico. En este sentido, el derecho también buscó científizarse a través de su conversión en dato objetivo, cognoscible, explicable y justificable a través de ciertos métodos jurídicos como la lógica jurídica, entendida como lógica formal. Así, el derecho debe corresponder a los postulados de: 1. Reglas generales. 2. Las sentencias son el resultado de la aplicación de las reglas generales mediante procedimientos racionales, como la lógica jurídica. 3. El sistema jurídico no debe contener lagunas. 4. Todo lo irracional deber ser tenido como irrelevante. 5. Toda acción social debe ser evaluada en los términos del derecho. En consecuencia, todo conflicto social tiene solución jurídica. Así, el derecho no se comprende como lo define Weber, como fenómeno social, sino como ordenamiento o sistema jurídico autosuficiente, autónomo frente a la realidad como a otras ciencias.

En la perspectiva de seguridad jurídica para los ciudadanos, en relación el poder del Estado, debe ser entendido como idea de progreso, una de las pretensiones centrales de la modernidad. Así, el derecho positivo, como construcción humana, se valida así mismo a través de “criterios puramente formales, neutros con respecto al contenido” (Hoerster, 1992: 12). En consecuencia, el concepto de derecho, libre de contenidos morales e inmorales, justos e injustos, responde a “los principios

constitucionales internos del respectivo orden jurídico” (Hoerster, 1992: 12). Su atributo de validez está al margen de cualquier valoración “ético-normativa” (Hoerster, 1992: 12).

Los tiempos modernos, tiempos de escepticismo en cuanto al poder de la ciencia como el paradigma de respuesta a los grandes problemas de la sociedad, han puesto en jaque la seguridad jurídica del derecho. Su seguridad como ciencia, su seguridad epistemológica y su método de validez. Han puesto en aprietos el positivismo jurídico. Hoy se escuchan voces cada vez más crecientes contra los dogmas modernos del derecho, entendido como objeto autónomo, sistemático, universal, totalizante y ajeno a cualquier subjetivismo. Se evocan presupuestos de legitimación y de validación, los valores, los principios cercanos al respeto de los derechos fundamentales de las personas.

No obstante, el derecho positivo todavía tiene mucho que decir. Hoerster (1992) señala que a la definición de positivismo jurídico concurren tesis diferentes e independientes, unas sostenibles y otras insostenibles teóricamente.

Entre las sostenibles señala “La tesis de la neutralidad” y “La tesis del subjetivismo”, las cuales permiten, de un lado, el análisis y la descripción de normas sociales creadas a partir de la Constitución, de carácter coactivo, aplicadas regularmente por funcionarios del Estado y bajo la amenaza de una sanción ante su infracción. De otro lado, permite determinar cómo debería ser razonablemente el derecho.

Entre las tesis que considera insostenibles, se encuentran las más recurridas en nuestro medio jurídico: “La tesis de la ley”, “La tesis de la subsunción” y “La tesis del legalismo”. Esta perspectiva del positivismo jurídico lo único que deja en claro es que este paradigma jurídico se mantiene vivo en la discusión iusfilosófica.

En suma, el debate sobre las corrientes iusnaturalista e iuspositivista en sus diferentes expresiones está más que vivo. De una u otra manera apuntalan la definición del derecho desde el trilema de legitimidad, validez y eficacia. Es más, alimenta las corrientes del sociologismo

jurídico: bien desde la teoría de los valores y de los principios o desde el criterio finalista de un “derecho recto”.

4. La enseñabilidad del nuevo derecho

La tensión entre viejo y nuevo derecho, se siente finalmente en la academia, tanto desde la epistemología como desde el tipo de lógica jurídica utilizada para la resolución de problemas prácticos. Una perspectiva epistemológica del derecho determina una metodología del derecho. Situación que se expresa en la academia en una pedagogía jurídica determinada⁸.

En tal sentido, es de gran utilidad la filosofía del derecho, pues, es el espacio privilegiado para la lectura y relectura de los grandes enfoques jurídicos como el iusnaturalismo, el positivismo en sus diferentes posibilidades y el realismo jurídico, a partir de su componente trilemático de legitimidad, validez y eficacia. Al respecto, Duncan Kennedy en el prólogo del libro *Teoría Impura del Derecho*, anota (a manera de invitación a la lectura del libro del profesor López):

Lo que es valioso sobre la discusión sobre Kelsen en el texto de “L” es el énfasis en dos lecturas posibles de Kelsen, una como un positivista formalista y la otra, derivada de su teoría de la interpretación, como crítico de

⁸ “La enseñanza dominante, contra la que nos revelamos, subrayaba, a un nivel básico, el papel de la memorización de reglas contenidas en leyes y códigos como paso indispensable para recordarlas y mostrarles fidelidad. La ‘legalidad’, como técnica de control social, partía de allí, de la memoria, para continuar un proyecto en el que prevalecían, una a una, las técnicas formalistas del derecho. El resultado final era una mezcla de memorización de reglas, ejecución de pretendidas demostraciones lógicas de conclusiones jurídicas, creencia acrítica en respuestas únicas y correctas, todo ello en un ambiente de rigidez y jerarquización pedagógica, social y personal que tendía a reforzar, , según se pensaba, la apariencia de rigor, científicidad y neutralidad El nuevo énfasis de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica, en contravía, parecía servir como mecanismo general de inoculación contra los excesos de ese formalismo dominante. Desde este nuevo punto de vista, la memorización cedía espacio a la argumentación, se empezaba a desconfiar en la infalibilidad de la deducción lógica y se afirmaba, en su lugar, la naturaleza dialéctica, problemática, no apodíctica del derecho y, por último, se derrumbaba la idea de respuestas únicas y correctas” (López Medina, 2004: 2).

las pretensiones del formalismo. En la primera lectura Kelsen se funde, de acuerdo con “L”, con la versión colombiana del formalismo positivista de finales del siglo diecinueve para formar una iusteoría “neopositivista” o “neoclásica”. En la segunda lectura, Kelsen se combina con nuevas teorías “anglosajonas” recientemente recibidas tal y como se presentan, por ejemplo en el trabajo de Hart y Dworkin.

Sobre estos últimos autores, lo que resulta interesante en el texto de “L” es el énfasis en la manera en la que tanto Hart como Dworkin fueron interpretados plausiblemente, junto con una versión remozada de Kelsen, como justificación para formas progresistas de control constitucional bajo la nueva generación de constituciones políticas promulgadas en América Latina. Hart ofrece, a través de su noción de “textura abierta”, una versión actualizada de las “lagunas normativas” de Gény y del “marco” y del marco interpretativo abierto de Kelsen (toda ello resumida en la “periferia” hartiana), y Dworkin brinda una manera de llenar los vacíos (los “casos difíciles”) a través de razonamiento político y moral basado en la noción de derechos realizado por los jueces al “interior” del derecho y entendido, por lo tanto, como una práctica judicial legítima. (López Medina, 2004: xiii-xiv)

Esta cita, presentada *in extenso*, dibuja muy bien la necesidad de volver la mirada al “pasado” iusfilosófico, en la perspectiva de encontrar nuevas miradas para un derecho que se ha trasteado del campo privatista al campo de lo público. Es ahí, precisamente, donde los profesores requerimos de teorías de gran calado para explicar el proceso de constitucionalización del derecho. No son suficientes ya, para el abordaje del derecho de hoy, el campo estricto de lo normativo con su lógica formal o los ejercicios pedagógicos de subsunción y su consecuente memorización⁹. Es necesario incursionar sobre

⁹ “Estudio efectuado sobre los programas de Derecho que se imparten en el país, en el cual se destacaron los siguientes problemas: a) Formación generalista en pregrado [...]. b) Énfasis en la memorización de códigos y leyes. c) Descuido en la formación

posibilidades de legitimidad, validez y eficacia del derecho a partir de la interdisciplinariedad y de la mirada en contexto de criterios como el de justicia y equidad.

Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1997).
- Berman, Harold. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura Económica (1999).
- Bobbio, Norberto. “Algunos argumentos contra el Derecho natural.” AA. VV., *Crítica del Derecho natural*. Madrid: Taurus (1966).
- Bonilla, Daniel. *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores (2006).
- Escobar Córdoba, Federico. “Del derecho romano a las tradiciones jurídicas.” *Criterio Jurídico* 7 (2007).
- García Jaramillo, Leonardo. “El ‘Nuevo Derecho’ en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?” *Revista de Derecho* 29 (2008).
- González Vicén, Felipe. “La filosofía del derecho como concepto histórico.” *Estudios de Filosofía del Derecho*. Universidad de La Laguna (1979).
- Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Editorial Gedisa (1992).
- López Medina, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis (2004).
- Mariluz Urquijo, José M. “El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano.” *Actas y Estudios del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (1973).
- Nino, Carlos. *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*. México: Fontamara (1993).
- Pérez Perdomo, Rogelio y Julia Rodríguez Torres. *La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2006).
- Weber, Max. *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica (1997).

de criterio jurídico. d) Insuficiente investigación e) Currículos centrados en técnica judicial, descuidando una formación ética y humanista. f) Currículos desactualizados frente a la realidad del país. g) Énfasis sobre lo procedimental” (Ministerio de Justicia. “El abogado en el tiempo de la gente: realidad y prospectiva de la enseñanza del derecho en Colombia” [1995], p. 39).